

大學教授以職業身份立足於所處的機構和社會，時時處處都會有無法預料的險境降臨。自我免不了降臨性險境所產生和規定的煩心雜事、人事糾紛、身心衝突。面對這種降臨性險境，自我必須為成就職業性身份所嚮往的志業而義無反顧地奮爭和奉獻。

省。建立起如德里達所說的大學：「我所說的大學是與所有的那些不承認大學原則上之獨立性而為各種經濟目的與利益服務的研究機構有所區別的。」(頁110)「原則上，大學理應總是自主的與無條件自由的，或者說追求在其制度、言論、寫作、思想中再現這種自主與自由的。」(頁117)德里達向我們發出呼籲：「這種信仰就是對大學的信仰，對明日人文科學的信仰。」(頁107)

作為大學教授與人文科學研究者的自我，以職業性身份立足於所處的機構和社會，可是這種身份所

指向的具有更高理想的志業之路並不容易，這意味着時時處處都會有險境降臨，可是無法預料。此險境作為降臨者或來臨者注定要降臨在自我的頭頂。自我無疑在勇敢地等待着險境的降臨，並且免不了降臨性險境所產生和規定的煩心雜事、人事糾紛、身心衝突。面對這種降臨性險境，自我必須為成就職業性身份所嚮往的志業而義無反顧地奮爭和奉獻。德里達現象學對大學的解構表達一定還剩下「甚麼」——大學究竟應該是甚麼？——這個作為遺產的「甚麼」有待繼續解構。

近代中國民法的變與不變

● 付海晏



黃宗智：《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》(上海：上海書店出版社，2003)。

本書是黃宗智研究中國法律、社會與文化的最新成果，他在書中提出一個非常有意思的問題，即：如何理解1949年新中國成立前二十世紀上半期中國民法 (Civil Justice) 的變與不變？

黃宗智研究視野中的「民法」並不僅僅是一般意義上的民事上的法

* 台北國史館曾品滄與上海電視台梁智勇兩位先生分別在第一時間為本人提供了黃著的英文本與中文本，在此謹表謝意。

典或成文法，除了法典或成文法外，它還包括了許多豐富的內容，譬如法律與習俗之間可能的背離，在法律與習俗之間斡旋的司法實踐，甚至還包括司法實踐中當事人的心態與話語，等等。如果用更精練的話來概括，我們可以這樣認為，這一詞實際上包含了三個方面的關鍵內容，即法典、習俗與司法實踐，而這一點在本書的書名中得到了明顯的體現。

黃宗智力圖通過清代與民國的比較來解釋二十世紀上半期中國民法的變與不變。黃宗智在對近代中國民法的研究中，把近代中國民法劃分為兩個時期：清代（1860-1900年）、國民黨時期（1930-1949年）。關於清代民法與過渡期近代民法的現代化，學術界已有一定的研究與認識，但是對於南京國民政府成立後於1929-1930年間頒布的《民法》，人們的成見較多。從長期基礎結構變化的觀念來看，黃宗智認為國民黨民法對近代中國更具有影響力。

雖然比較的重點在於清代與國民黨時期，但過渡期仍是比較研究中不可忽視的重要內容，因此本書第一部分對過渡期的研究成為理解清代與國民黨民法比較的背景。在對過渡期的研究中，我們看到：經過修訂的《大清刑律》中的民事有效部分，被當作民國初年的民法典延續了近二十年之久；與此同時，以新式法院系統的建立為代表的制度與行政上的持續變革，也成為此時期的重大特色。正是過渡期的變與

不變成為溝通清代與國民黨民法的重要橋樑。

首先，就比較的內容而論，黃宗智並沒有比較清代與國民黨民法的全面內容，相反他只是注重與選取了那些與社會生活關聯最大的部分，而評價的標準與依據則是司法檔案案例記載中的訴訟頻率。根據其所掌握的材料，經過仔細篩選，比較的內容就集中於以下幾方面：典、田面權、債、贍養、婦女在婚姻姦情中的抉擇。

其次，就比較的層次而論，前文已指出黃宗智視野中的民法包含了法典、習俗、司法實踐三個方面的內容，在比較清代與國民黨民法在典、田面權、債、贍養、婦女在婚姻姦情中之抉擇等五個方面的具體內容中，比較的三個層次分別是法典、習俗、司法實踐。在每一種具體內容的比較中，黃宗智首先從清代的法典、習俗、司法實踐入手，然後再過渡到國民黨民法的法典、習俗與司法實踐。

通過三個層次的深入比較，我們對清代與國民黨民法有了以下的初步認識。

就清代民法而言，無論是法典還是習俗，其內在邏輯均是父系家庭秩序與生存倫理。在父系家庭秩序下，無論是養老還是繼承均是法典與習俗中不言自明的內在邏輯。在這一秩序下，婦女是不具有自身意志的從屬物，只能具有消極的自主。在生存倫理的壓力下，清代的借債、典賣土地都不具有資本主義利潤最大化的性質，相反均是為了

從黃宗智書對過渡期的研究中看到：經過修訂的《大清刑律》中的民事有效部分，被當作民國初年的民法典延續了近二十年之久；與此同時，新式法院系統的建立及推動制度與行政上的持續變革，也成為此時期的重大特色。過渡期的變與不變成為溝通清代與國民黨民法的重要橋樑。

從1900年以來到新中國成立之前，清代民法與國民黨民法二者之間的關係既不是非此即彼的簡單選擇，也不是從傳統到現代的簡單轉變或對舊本土方式的維持，而是反對與包容、持續與根本變化並存。黃宗智提出的比較研究方法原則，是在避免「西方中心論」與「東方主義」二元對立結構的清代與民國互為觀照的比較方法。

生存，同時在法典與習俗中又都會看到對欠債者與被迫典賣土地者的同情。但是，在清代民法父系家庭秩序與生存倫理的邏輯下，法典與習俗也有分離的情況，譬如在繼承與贍養中，民間習俗的實用性遠遠比法典的意識形態重要與明顯得多。正是清代法典不斷遷就民間習俗與變化了的社會現實，因此清代民法司法實踐的重要特色，就在於清代法庭一般都是「小心翼翼地」依據法典行事，而不需要在法典與習俗之間斡旋。

經過了過渡期現代化的法律變革而形成與確立的國民黨民法，無論在法典、習俗還是司法實踐上，都與清代民法不同。國民黨民法是建立在結合西方個人主義與中國傳統家庭主義而形成新的「社會」之上的法律制度。與清代民法強調父系家庭秩序與生存倫理不同，國民黨民法的邏輯是強調資本主義原則、男女平等以及社會公正。在國民黨民法的邏輯下，法典與習俗之間發生了遠甚於清代的重大變化，一方面國民黨民法否定了習俗中田面主的權利，承認婦女無論是在繼承還是在結婚離婚中都具有獨立的個人權利；另一方面，國民黨民法承認典的習俗、限制借貸的利率、贍養的絕對義務等均體現了法典對民間習俗的承認與讓步。最終，在具體的司法實踐中，國民黨的法庭在法典與民間習俗之間斡旋從而解決不斷的司法訴訟。

在通過對清代與國民黨民法的五個主要內容進行法典、習俗與

司法實踐三個層次的比較後，我們會發現，黃宗智對在本書一開始就提出之問題作出了回答：從1900年以來到新中國成立之前，清代民法與國民黨民法這二者之間的關係不是非此即彼的簡單選擇，也非從傳統到現代的簡單轉變或對舊本土方式的簡單維持，而是反對與包容、持續與根本變化同具的關係。

探究近代中國民法的變與不變既是非常有創意的研究課題，同時又是一次艱難的苦旅。黃宗智之所以能夠克服種種困難，為我們提供一部比較令人滿意的研究成果，其成功之處除了從民法的法典、習俗、司法實踐三個概念層次以及清代與國民黨民法中持續存在的五項重要內容入手外，更重要的原因則在於他在比較方法論上的創新。

要實現本書一開始就明確提出之研究近代中國民法的變與不變的問題，就必須在比較的方法上有所突破。在具體的研究中，黃宗智鮮明地提出其比較方法的原則，是在避免「西方中心論」與「東方主義」二元對立結構基礎之上的清代與民國的互為觀照法。黃宗智的比較方法首先明確地反對「西方中心論」與「東方主義」，他認為：近代中國從清代民法到國民黨民法的轉變既非傳統封建法律向現代資本主義民法、亦非從非理性向理性、也非實體主義／工具主義者「卡地法」向韋伯式現代民法的轉變，而且明或暗地強調現代西方對非西方另類優越性的內在邏輯均是在比較研究中必

須摒棄的，取而代之的是清代與國民黨民法互為觀照的比較方法。這種比較方法的核心內容體現於以下兩點：

首先，互為觀照的比較法必須建立在對清代與國民黨民法的正確理解的基礎之上。

為實現這一點，黃宗智吸收了吉爾茨 (Clifford Geertz) 的「地方知識」(local knowledge) 與布迪厄 (Pierre Bourdieu) 的「實踐邏輯」(logic of practice) 等理論，對清代與國民黨民法的法典、習俗與司法實踐進行了精細的「厚描寫」(thick descriptions)，既詳細研究法典的內容與邏輯，又研究法典與習俗之間的一致與衝突，同時又強調司法實踐的具體運作與邏輯。只有通過這種厚重的描寫，才能夠充分地展現清代與國民黨民法的「地方知識」與地方性的實踐，而這也恰恰符合近年學界漸次提倡之「內部取向」歷史觀、加強中國內在本身研究的要求。

其次，儘管清代與國民黨民法在法典、習俗與司法實踐中有各自地方性知識與實踐邏輯，但是互為觀照的比較方法不是在「西方中心論」或「東方主義」的標準下強調一方比另外一方優越，也不是力圖將二者等量齊觀，而是強調在一方的參照下更清晰地發現對方的不同與特點。正是通過這種互為觀照的比較法，我們會發現在法典、習俗與司法實踐中，清代與國民黨民法各自包含了不能用優越與否的價值標準來草率判斷的邏輯與話語。否則，我們就無法理解為何在國民黨

民法「男女平等」的原則下，婦女在婚姻姦情中的「積極自主」所得到的保護，還不如某些情況下在清代民法的「消極自主」邏輯中所得的。正是在這種互為觀照的比較法下，近代中國民法的變化與延續才得以清晰顯現。

但是，本書似乎在許多方面有進一步商榷的地方。其中一個明顯的問題便在於宏闊的歷史比較與分散、薄弱的實證資料之間有着巨大的鴻溝。比如，本書中論及民國時期民法的具體案例共有247件，但僅是來自全國的四個縣：四川宜賓（從1931到1938年有27件）、浙江樂清（從1945到1946年有35件）、江蘇吳江（從1945到1949年有57件）、河北順義（從1916到1936年有128件）。在順義縣的128件訴訟案件中，1930到1939年僅有65件。實際上，研究國民黨民法的訴訟案件僅有184件，其數量不僅遠少於清代的司法訴訟案件，也遠少於筆者所了解之湖北東部黃梅等縣的司法訴訟案件。

此外，黃宗智在使用國民黨時期的司法訴訟案件時忽視了研究時段的連續性，其使用的資料缺乏抗日戰爭時期的司法訴訟檔案。因此，抗日戰爭時期國統區民法的實踐如何？其與淪陷區民事訴訟的司法實踐有何異同？諸如此類的研究均付諸闕如。這不僅會影響我們對國民黨民法的認識，進而會不利於清代與國民黨民法的比較研究。也正是缺乏必要的連續性，致使文中某些論述不夠準確。譬如在研究抗

毋庸置疑，黃宗智的關於清代與民國民法的比較研究是近來「新法制史」研究最突出的成果之一，但本書也有可以商榷的地方。其中一個明顯的問題便在於宏闊的歷史比較與分散、薄弱的實證資料之間有着巨大的鴻溝。此外，黃宗智在使用國民黨時期的司法訴訟案件時忽視了研究時段的連續性，致使文中某些論述不夠準確。

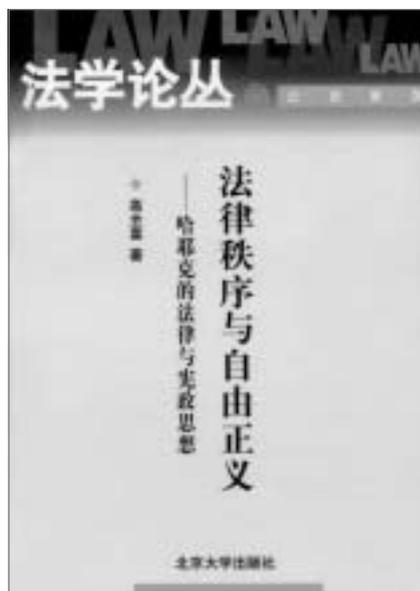
日戰爭勝利後的典價糾紛時就忽視了《復員時期辦理民事訴訟補充條例》中所規定之「公平裁量」原則。在具體的司法實踐中，這一原則經歷了由地方司法機關任意裁量到全國整齊劃一的複雜過程。

毋庸置疑，黃宗智的關於清代與國民民法的比較研究是近來「新法制史」研究最突出的成果之一，而他關於國民黨民法的研究也無疑會引起後來者的高度重視，成為新的研究成果不可跨越的基礎。

憲政的法律之維

● 聶智琪

哈耶克與其他思想家的主要不同就在於，他將政治問題提升為法律問題，並致力於憲法新模式的制度創新的研究，其理論在解決自由主義理論的價值危機方面具有獨創性。在哈耶克的理論脈絡裏，對於自由主義諸多問題的解決起着關鍵作用的，正是他獨特的法律觀。



高全喜：《法律秩序與自由正義——哈耶克的法律與憲政思想》（北京：北京大學出版社，2003）。

中國的哈耶克熱依然沒有結束，隨着哈耶克(Friedrich A. Hayek)主要著作的中譯本在國內相繼出版，有關哈耶克思想的研究也日趨深入。其間，鄧正來對哈耶克晚期提出的法律理論進行了富有價值的探究，但與此相關的哈耶克憲政思想以及哈耶克法律理論與政治理論的勾連，卻並未得到有系統的研究。直到2003年8月高全喜的專著《法律秩序與自由正義——哈耶克的法律與憲政思想》出版，我們才看到對哈耶克法律及憲政思想作系統而全面研究的著作。高全喜認為，哈耶克與其他思想家的主要不同就在於，他將政治問題提升為法律問題，並以此致力於憲法新模式的制度創新，最終信服地